"Marchandage" — A degradação do direito do trabalho e o retrocesso ao trabalho escravo no Brasil pelas chamadas "empresas prestadoras de serviços"

> "É preciso dizer que a "marchandage" no Brasil urbano é uma decorrência da realidade existente de desemprego e da interpretação jurisprudencial que tem facultado esse crescimento dessa locação, que propicia um enriquecimento sem causa à custa do trabalhador, tornando letra morta os direitos e conquistas previstos na Legislação Social" (LUIZ SALVADOR, "Marchandage": da Introdução no País do *Leasing* de Pessoal com fraude e violação às garantias legais existentes". in Rev. *LTr*. nº 45, v. II, p. 1.302).

SEBASTIÃO MACHADO FILHO

Juiz do Tribunal do Trabalho da 10.ª Região. Professor de Direito da UnB. Doutor em Direito

— I —

Inúmeras são as reclamações trabalhistas de servidores da União lotados nos diversos Ministérios em virtude de um denominado "contrato de prestação de serviços", firmado entre a União como "usuária" e certas "empresas" locadoras de mão-de-obra, contando eles com mais de 3 meses de tempo de serviço.

Ocorre, então, esclarecer o seguinte:

Não são e nunca foram tais servidores empregados das chamadas "empresas" locadoras de serviços. Sendo estas meras locadoras de pessoal, a relação jurídica que mantêm com tais "empregados" se caracteriza, na verdade, como relação

ex locato, ou seja, arrendamento, locação ou aluguel da força de trabalho, donde a ilicitude de tal contrato, eis que esta não pode ser objeto de contrato de locação, próprio de *coisas* e não de *homens*, sendo *temporária* a locação de serviços de direito civil, mas, não, em caráter subordinado.

O contrato ilícito — como ensina ORLANDO GOMES (*Contratos*, Ed. For., Rio, 1959, nº 118, p. 117) — desdobra-se em contrato proibido (por atentar contra a ordem pública), em contrato ilegal (por contrariar a norma coativa, seja imperativa ou proibitiva) e em contrato imoral (por ofender os bons costumes). Os ilícitos são também fraudulentos quando visam a fins proibidos pela lei, realizando-se com o objetivo de evitar a aplicação de uma lei proibitiva. São todos nulos de pleno direito, em razão de o objeto ser ilícito (ou seja, o aluguel de mão-de-obra).

A ilegalidade do contrato se configura em função do conteúdo da relação jurídica, mas podendo ainda resultar do desvio da finalidade própria do contrato, atingindo a causa contratual. É ilegal o contrato que tem causa ilícita como, v.g., o celebrado para conseguir um fim que a lei proíbe e que se destina a realizar interesses que não merecem a proteção legal, como a exploração de uma relação de emprego.

Também há falar em contrato proibido por atentar contra a ordem pública, contra os interesses fundamentais da sociedade relativos a sua ordem econômica e política, de vez que fere a liberdade de trabalho, impedindo que haja a livre escolha de emprego, como garantido pela Convenção Internacional nº 122, da OIT, de 1964, em vigor no Brasil, desde a sua promulgação pelo Decreto nº 66.499, de 27 de abril de 1970 (*DO* de 30 de abril de 1970).

O contrato proibido e ilegal entre a empresa locadora de mão-de-obra e o trabalhador é ainda um contrato imoral, pois o motivo e a finalidade que o inspiram maculam a relação jurídica, traduzindo uma conduta da empresa *contra* a do trabalhador, não apenas por menoscabar a liberdade do trabalhador como, principalmente, por significar a exploração de uma parte pela outra, consoante consideraram ENNECCERUS-NIPPERDEY, citados por ORLANDO GOMES (loc. cit., pp. 181 e 182).

Trata-se, na verdade, de uma "marchandage", sobre a qual assim se manifesta LUIZ SALVADOR ("Marchandage": da Introdução no País do *Leasing* de Pessoal, com Fraude e Violação às Garantias Legais Existentes", in Rev. *LTr*, nº 45, vol. II, p. 1.302):

> "Essa "Marchandage" tem sido repetida por alguns julgados dos juízes mais lúcidos e com uma visão mais larga e global da problemática. Mas apesar disso, da exceção feita a alguns desses juízes, a maior parcela de responsabilidade cabe, ainda, ao Poder Judiciário, como um todo, que, em numerosos julgados, tem permitido uma interpretação, atribuindo um significado que a lei não tem: o da possibilidade de contratação de mão-de-obra permanente, através das locadoras. Em última análise, é preciso dizer que a "Marchandage" no Brasil urbano é uma decorrência da realidade existente de desemprego e da interpretação jurisprudencial que tem facultado esse crescimento dessa

locação, que propicia um enriquecimento sem causa à custa do trabalhador, tornando letra morta os direitos e conquistas previstos na Legislação Social."

O contrato de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74, há de se revestir de forma *escrita* da substância do ato. E só será válido em caso de comprovado o *caráter substitutivo*, como exige a precitada lei e, ainda, por prazo não excedente aos 90 dias legais (art. 10).

Assim sendo, em verdade, a relação de emprego que existe é entre o trabalhador e a União, não sendo esta apenas mera usuária da mão-de-obra, máxime sendo quem *se apropriava ou se beneficiava diretamente do resultado do trabalho* do recorrido. E, neste sentido, temos entendido, uma vez conceituado o contrato de trabalho subordinado como o negócio jurídico especial, pelo qual uma das partes, o empregado, *aliena* o resultado de seu trabalho em benefício da outra, o empregador, que dele *se apropria* ou se *beneficia diretamente*, em troca do pagamento do salário. Isto porque é a *finalidade* da utilização do trabalho de outrem e, não, a utilização *em si*, que constitui a essencial justificativa para a existência jurídica deste especial contrato, ou seja, é a apropriação do resultado do trabalho mediante o salário por uma das partes, o empregador. Para tal fim — *a alienação do resultado do trabalho* — serve o contrato de trabalho subordinado. Daí a obrigação do empregador de dar o serviço e fornecer os instrumentos de trabalho ao empregado. A só disponibilidade da utilização do trabalho ou da atividade laborativa não justifica nem qualifica juridicamente o contrato de emprego.

O contrato de trabalho subordinado só se configura quando há imprescindível correlação entre a prestação de serviço por um dos contratantes — o empregado — e a apropriação do resultado desta pela outra parte — o empregador. Há falar em conexão entre estipulação do contrato e a utilização da prestação laborativa, mas, atente-se, "colocando-se em relevo a imprescindibilidade de efetiva relação entre o trabalho prestado e o sujeito que dele se beneficia diretamente", como bem ensina LUISA RIVA SANSEVERINO (*Direito do Trabalho*, trad. de E. GOTTSCHALK, Ed. *LTr*, S. Paulo, 1976, nº 125, p. 126).

Empregar trabalhadores não constitui um fim em si mesmo, como bem enfatizaram HUECH e NIPPERDEY (*Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. Dir. Priv., Madrid, 1963, p. 21), senão que o empresário emprega trabalhadores para conseguir seu específico objetivo econômico; ele é primordialmente empresário (Untermehmer) e somente porque e enquanto que, para a consecução de seu fim empresarial, há de empregar trabalhadores, é, também, empregador.

Daí por que não há falar em contrato de trabalho subordinado entre a chamada "empresa locadora de serviço" e o trabalhador, de vez que não é esta "empresa" que se apropria e se beneficia diretamente do resultado do trabalho do trabalhador.

Ainda, a prestação de serviço do empregado se insere na atividade empresarial, sendo esta o conjunto das prestações de quem nela trabalha. E a prestação de serviço se realiza na empresa do usuário, sendo este, por mais esta razão, o empregador. Esta é a razão pela qual se fala e se pode falar em integração do

trabalhador na vida da empresa, possibilitando a participação do lucro desta e, mesmo, em sua gestão.

– II –

O contrato de trabalho subordinado é o negócio jurídico pelo qual uma das partes aliena *o resultado de seu trabalho* em benefício da outra em troca do salário.

É preciso fixar bem que é a *apropriação do resultado* do trabalho (opera) e, não, a só disponibilidade da utilização do trabalho ou atividade laborativa (operae) que qualifica como de trabalho o contrato (vide, neste sentido, RENATO CORRADO, *Tratato di Diritto del Lavoro*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1966, Tomo II, nº 123, p. 271).

O contrato de trabalho subordinado não constitui um negócio jurídico para se obter, para usar o trabalho de outrem, a *bel-prazer*. Não. É a *finalidade* da utilização e, não, a *utilização em si*, que constitui a *essencial justificativa* para a existência jurídica deste contrato especial, ou seja, *é a apropriação do resultado do trabalho mediante o salário por uma das partes*, o empregador. Para tal fim serve o contrato de trabalho. Daí a obrigação do empregador de dar serviço e fornecer os instrumentos de trabalho ao empregado.

É imprescindível, pois, para que haja contrato de trabalho subordinado, que uma das partes – então e só assim chamada *empregador* – se *aproprie do resultado* da prestação de serviço do empregado. O real empregador é aquele que se beneficia ou se apropria do resultado da prestação de serviço. Este é o busílis. Como bem precisou LUISA RIVA SANSEVERINO (*Diritto del Lavoro*, Ottava edizione, casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1958, nº 22, p. 28):

> "In sostanza, per il concetto giurídico di lavoro, l'elemento essenziale è rappresentato dall' utilità diretta della prestazione per la persona a favore della quale tale utilità, normalmente propria di chi lavora, è deviata; e non dall' utilità indiretta del lavoro per chi lo pone in essere, il quale utilizza in un certo qual modo il lavoro stesso, como mezzo, como bene strumentale."

Empregador não é quem se utiliza simplesmente da força de trabalho, mas, sim, quem se *apropria*, beneficiando-se do *resultado* da utilização da força de trabalho em ação, pois é isto o que, em verdade e essencialmente, contratou com o empregado.

O contrato de trabalho subordinado é o negócio jurídico que serve a este fim precípuo, sem o qual ele seria inútil. O contrato de trabalho subordinado foi a solução normativa *encontrada* para dar validade jurídica à exploração do trabalho como mercadoria e, assim, possibilitar o desenvolvimento do regime capitalista. Entendendo de outra forma, não teria sentido tal contrato, ficando sem amparo jurídico a apropriação do produto do trabalho e, por igual, o pagamento do salário. O salário é a contraprestação paga pelo empregador ao empregado – a troco da apropriação do produto do trabalho prestado. É a contraprestação paga a quem aliena o resultado de seu trabalho por quem se apropria, beneficiando-se diretamente, deste resultado.

Por isso, o contrato de trabalho subordinado é o negócio jurídico que juridicamente justifica e viabiliza a atividade capitalista no tocante ao fator econômico, o trabalho; é o *modus faciendi* jurídico encontrado pelo regime capitalista como um meio indispensável à realização da exploração da mão-de-obra. Através desse contrato especial o trabalhador aliena o resultado de seu trabalho em benefício do capital.

O capital utiliza o trabalho para do resultado deste se apropriar, mas de forma tal que o benefício se obtém na medida em que há a utilização do serviço, de vez que ao mesmo tempo o *uso* da prestação vai propiciando o *produto* com seu trabalho.

Daí por que não há falar em contrato de trabalho subordinado entre a chamada "empresa prestadora de serviços" e o trabalhador, de vez que não é esta "empresa" que se apropria e se beneficia do *resultado* do trabalho. Contrato de trabalho subordinado só se configura quando há imprescindível correlação entre a prestação de serviço por um dos contratantes e a apropriação do resultado desta pela outra parte.

A estipulação do contrato de trabalho subordinado tem caráter pessoal, sendo *diretamente* formado pelo *empregador* e pelo *trabalhador*. Há falar em conexão entre estipulação do contrato e a utilização da prestação laborativa, "colocando-se em relevo a imprescindibilidade de efetiva relação entre o trabalho prestado e o sujeito que dele se beneficia", consoante ensina LUISA RIVA SANSEVERNO (vide a trad. bras. de E. GOTTSCHALK — Ed. LTr., S. Paulo, 1976, nº 125, p. 162).

Como bem enfatizaram HUECH e NIPPERDEY (*Compendio de Derecho del Trabajo*, Ed. Rev. Der. Priv. Madrid, 1963, p. 21 — trad. de M. R. RODRIGUES PINERO e L. ENRIQUE DE LA VILLA), "Los empleadores no dan lugar a ninguna situación profesional especial, ni el grupo patronal tiene significación independiente. *Emplear trabajadores no constituye un fin en sí mismo*, sino que el empresario emplea trabajadores *para conseguir su específico* objetivo económico; el es primordialmente empresario (Unternehmer) y sólo porque y en tanto que, *para la consecución de su fin empresarial*, há de emplear trabajadores, es, también, empleador (Arbeitgeber).

Dito de outra maneira, só é empregador quem se beneficia direta e imediatamente dos serviços prestados pela apropriação de seu resultado. *Empregador* é aquele que se apropria do resultado do trabalho para do produto se beneficiar. *Empregado* é aquele que, colocando a sua força de trabalho à disposição de alguém que dela necessita para si mesmo, aliena o produto de seu trabalho em troca do salário.

Por outro lado, a prestação de serviço coincide com a atividade da empresa, aparecendo esta como o conjunto das prestações de serviços de quem nela trabalha. O contrato de trabalho subordinado surgiu com o liberalismo econômico exatamente para propiciar esta situação que pode ser resumida com a vida empresarial.

Daí ter sentido falar em integração do trabalhador, na vida da empresa, inclusive com a participação dos lucros e mesmo na gestão da empresa, como, por exemplo, o faz a Constituição federal (art. 165, item V).

Assim, consoante a exegese do Ministro ILDÉLIO MARTINS:

> "O nosso direito positivo do trabalho contém normas tendentes a investir o contrato de trabalho de continuidade em relação à permanência da empresa. Pode-se mesmo dizer que, sensível à moderna orientação da jurisprudência, a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, é toda ela estruturada à base dessa preocupação." (...).
>
> "Veiculando o princípio constitucional da permanência da empresa, a Consolidação das Leis do Trabalho insere duas disposições, cujos conteúdos se justapõem na realização de seu objetivo e que são os arts. 10 e 448. O art. 10 expressa que "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados", reproduzindo-se, quase nos mesmos termos, mas, em todo caso, sem qualquer variação de sentido, no art. 448: "a mudança da propriedade na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados".
>
> As normas consolidadas, ora examinadas, encontram plena eficácia quando se divisa na empresa uma *comunidade de trabalho* disposta e organizada para permanecer e em que, empregado e empreendedor, unidos por um *vínculo de colaboração, perseguem uma finalidade econômico-social.* A nossa afirmação se condiciona à diretriz e ao espírito que presidiram à elaboração do diploma consolidado, voltados para as concepções institucionalistas das vinculações de emprego, numa supercontratualidade que divisou, na empresa, um *bem comum* que, na lição de RÉNARD é a alma da *comunidade* e, esta, a alma da *instititituição.* (...)." (ILDÉLIO MARTINS, "A Integração do Trabalhador na Empresa", in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho* — 1975, pp. 56-57.)

Portanto, o contrato de trabalho subordinado pode ser visto, como um contrato de emprego, em que o empregado o é da empresa na qual sua prestação faz parte da atividade desta, apropriando-se o empregador do resultado da prestação, pelo pagamento do salário.

Destarte, RIVA SANSEVERINO frisou que "a alienação originária do resultado do trabalho prestado constitui a notação jurídica *essencial* do trabalho executado de forma subordinada e, assim, em geral inserido numa organização, organização que pode corresponder, respectivamente, ao estabelecimento, conceituado de modo amplo além dos limites fixados pelo art. 2.555, do Código Civil ou à empresa, entendida como organização de bens e de pessoas" (vide trad. de E. GOTTSCHALK nº 24, p. 41).

De outro lado, deve-se atentar para o fato de que a prestação laboral não constitui somente um dever mas, também, objeto de um direito subjetivo do empregado com sua correlativa obrigação, por parte do empregador, de dar ou fornecer ao trabalhador a ocupação efetiva, isto é, o serviço.

Neste sentido, EUGÊNIO PEREZ BOTIJA (*Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1960, nº 110, nota 3, p. 159).

O empregador é o *datore di lavoro* (dador de trabalho), na expressão italiana. Como frisa CORRADO: "Soggetti del contratto di lavoro sono il *datore* di lavoro ed il lavoratore" (ob. cit., II, nº 208, p. 469).

— III —

A CLT somente considera empregador a "empresa" (art. 2º) que admite, assalaria e dirige, direta e não indiretamente, a prestação pessoal de serviços, utilizando-se em seu exclusivo proveito a força de trabalho, em regime jurídico da relação de emprego. O empregado é aquele que "presta serviços de natureza não eventual a empregador" sob a *exclusiva* dependência deste. E o contrato de trabalho corresponde a esta relação de emprego, livremente pactuado entre as partes: empregado e empregador, isto é, só pode ser celebrado *entre o empregador que admite diretamente o empregado* e o empregado que, ao empregador, presta *diretamente* seus serviços. Somente ENTRE o trabalhador e a empresa que utiliza seus serviços, sem *intermediário*. E a chamada "empresa prestadora de serviços" é *intermediária*, intrusa na relação de emprego. Sua "atividade" consiste na *exploração da relação de emprego*, fazendo-se passar pelo "empregador", como num passe de mágica, com a cumplicidade dos reais e verdadeiros empregadores. A estes interessa manter o "empregador fantasma", inclusive como possibilidade que se lhes permite de participarem do jogo, como um modo a mais de desviar seus dividendos sociais, numa "distribuição de renda" *sui generis*. Por outro lado, a cumplicidade do usuário empregador, ao admitir a "empresa prestadora de serviços" como "empregador fantasma", leva-o a desconsiderar a identidade do trabalhador, a ignorar este como pessoa determinada, admitindo que "os serviços lhe são prestados por pessoa *indeterminada* designada para o seu estabelecimento de acordo com as conveniências da "empresa prestadora de serviços" em função das escalas, da freqüência ou da pontualidade de seus empregados". "Tanto é assim que — como consta de uma contestação escrita de uma empresa usuária em determinada reclamação trabalhista na qual foi também citada junto com a empresa prestadora de serviços (Proc. nº 114/81 — 5ª JCJ — DF) — "... se o "vigilante" escalado de véspera faltar ou adoecer durante o turno para o qual foi designado, será *substituído por outro, igualmente indeterminado e desconhecido pelo Reclamado*, consoante cláusula do contrato de prestação de serviços".

Ora, aqui, verifica-se a burla ao caráter *intuitu personae* específico do contrato de trabalho, em relação às qualidades pessoais do empregado contratante e que torna infungível a prestação de serviço, pois informa DÉLIO MARANHÃO: "intuitu personae", em tal contrato, existe, de regra unicamente, quanto à pessoa do *empregado*, e, nisto, estão todos de acordo: civilistas e "trabalhistas" (in *Instituições de Direito do Trabalho*, c/ A. SUSSEKIND e S. VIANNA, 8ª ed., 1981, vol. I, p. 263).

É elementar e pacífico, na doutrina trabalhista, que *o primeiro* requisito essencial e indispensável à configuração jurídica da prestação de trabalho é a *pessoalidade*. Assim, leciona JOSÉ MARTINS CATHARINO (*Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, 1972, vol. I, p. 190):

> "Sendo o empregado pessoa humana, e não sendo possível separar-se o trabalho a que se obriga dela própria, a obrigação que assume

é pessoal e patrimonial, de fazer, a de trabalhar *pessoalmente* para outra pessoa, natural ou jurídica, em troca da remuneração, resultante, quase sempre, de uma obrigação de dar, a cargo de quem se beneficia com o produto do trabalho alheio. Por ser *pessoal* e patrimonial a obrigação de trabalhar, a relação de emprego estabelece-se *intuitu personae, isto é, o empregado obriga-se a trabalhar pessoalmente.*"

Como bem ensinam os mestres ORLANDO GOMES e E. GOTTSCHALK (*Curso de Direito do Trabalho*, 7ª ed. For., 1978, vol. I, pp. 109/110): *A pessoalidade é uma das notas típicas da prestação de trabalho.* O contrato de trabalho origina para o empregado uma obrigação de fazer (faciendi necessitas) consistente, precisamente, na prestação do serviço convencionado pelas partes. *Esta obrigação não é fungível, isto é, não pode ser satisfeita por outrem, mas tão-somente por quem a contraiu.* Daí dizer-se, em relação ao empregado, que o contrato de trabalho é concluído *intuitu personae. Esta é a razão pela qual não tem o empregado a faculdade de prestar o serviço por intermédio de outrem.* Não pode fazer-se *substituir* na empresa em que trabalha, salvo se o empregador consente. Mas, ainda neste caso, os efeitos do contrato se suspendem em relação à sua pessoa para se produzirem na pessoa do substituto" (caso, portanto, de *suspensão do contrato* em que o empregado permanece ligado ao usuário — SMF, valendo notar que o substituto é indicado *pelo empregado* (J. M. CATHARINO, id., v. I, p. 192). Continuam os autores anteriormente citados: "a obrigação de prestar o serviço é, pois, personalíssima e, portanto, *intransmissível.* Tanto que a morte do empregado dissolve, *ipso facto*, o contrato". E, enfocando a situação ora examinada, afirmam ORLANDO GOMES e E. GOTTSCHALK que "em muitos países é proibida a simples interposição de mão-de-obra (interposizione di mano d'opera) ou a marchandagem (marchandage), mas, nessas hipóteses, não há *coadjuvação* ao empregado na execução do serviço; o *intermediário*, seja qual for, beneficia-se especulando com a diferença entre o preço ajustado com o empregador e os salários pagos aos seus colaboradores. Daí a proibição existente nesses países da chamada *intermediação de mão-de-obra*" (ob. cit., p. 110).

No que diz respeito a segurança, guarda e vigilância armada, as ditas "empresas prestadoras de serviços" argúem em seu amparo o disposto no Decreto-Lei nº 1.034, de 21 de outubro de 1969, que dispõe sobre medidas de segurança para instituições bancárias, caixas econômicas e cooperativas de créditos, estipulando que, *verbis*:

> "Art. 4º — Os estabelecimentos de crédito manterão a seu serviço admitidos diretamente ou *contratados, por intermédio de empresas especializadas*, os elementos necessários à sua vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministro da Justiça, ou quando se tratar de serviço local, do Secretário de Segurança Pública ou Chefe de Polícia."

Como muito bem enfocou LUIZ SALVADOR, em excelente artigo (loc. cit., pp. 1.298 a 1.302), *verbis*:

> "Dentre as ilegais locações de mão-de-obra permanente, encontra-se presente também a do vigilante bancário. Sem se ater a uma visão mais global e crítica, muitos de nossos juízes têm contribuído

para o incremento dessa locação, com decisões *favoráveis às empresas*, diante da redação do art. 4º do Decreto-Lei nº 1.034/69 que diz:

> "Os estabelecimentos de crédito manterão, a seu serviço, admitidos diretamente ou por intermédio de empresas especializadas, *os elementos necessários à sua* vigilância, podendo organizar serviço especial para esse fim, mediante aprovação do Ministro da Justiça, ou, quando se tratar de serviço local, do Secretário de Segurança ou Chefe de Polícia."

Dada a situação emergencial de contar os estabelecimentos creditícios com vigilantes para proteger o capital e os depósitos, diante da crise surgida com os vários assaltos a bancos, o que facultou o decreto, de início, foi que pudesse se socorrer do pessoal já treinado e existente nas empresas especializadas, servindo estas como verdadeiras agências de colocação *que cobrariam uma comissão* pelo agenciamento.

A interpretação que se vem emprestando ao art. 4º desse decreto por muitos de nossos juízes, tem permitido, na prática, que as empresas locadoras de mão-de-obra continuem a oferecer mão-de-obra permanentemente alugada, introduzindo-se no País o *Leasing de Pessoal* ou a repudiada *Marchandage*. E onde se lê: "Empresa de Segurança ou Vigilância", leia-se: "Alugam-se Homens!

(...)

O Decreto-Lei nº 1.034 obrigou os estabelecimentos bancários a *manter vigilantes em caráter* permanente, *mas não os excluiu da relação* de emprego. O art. 4º apenas facultou que tais empregados fossem contratados por intermédio de empresas especializadas (agências de colocação), tais quais as existentes para os casos das domésticas.

Há fraude na execução *do contrato de* trabalho. O banco transforma o vigilante em porteiro, contínuo e até mesmo em servente. O princípio consagrado da isonomia não está revogado. E agindo o banco, de comum acordo com outrem (locadora), com o objetivo de evitar que um empregado possa receber e usufruir direitos que lhe são assegurados por lei *(jornada reduzida, por exemplo, inderrogável) é praticar* ato ilícito. E da prática do ato ilícito resultam duas conseqüências: *a*) solidariedade passiva dos agentes; *b*) reparação.

Em fraude à lei, presentes todos os pressupostos dos arts. 2º e 3º da CLT, além da regra do art. 16 da Lei nº 6.019/74, e do art. 2º, § 2º, da CLT, temos ainda a fundamentar a responsabilidade passiva do art. 1.518 do Código Civil: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos *responderão* solidariamente pela reparação."

Pela fraude e violação às garantias legais previstas na legislação pátria, v.g., mormente os arts. 2º, 3º, 9º, 224, 226, 443, § 2º, 444, 448 da CLT, Lei nº 6.019/74, arts. 160, II, e 165, e inciso V, da Constituição federal e até a vigente Convenção nº 122 da OIT, é o tomador dos serviços permanentes quem diretamente deve responder por todos os ônus da inadimplência contratual, pela reparação dos pre-

juízos sofridos pelo obreiro, inclusive pela reanotação da carteira de trabalho desde o início da vigência contratual, podendo em ação própria discutir com o intermediário (locadora) os efeitos de contratos de origem cível, mas sem prejuízo ao obreiro."

Ocorre lembrar que o referido dispositivo foi suspenso (no texto supragrifado) pelo disposto no art. 2º do posterior Decreto-Lei nº 1.103, de 6 de abril de 1970, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 1.034/69, *verbis*: "Art. 2º — Enquanto não se organizarem os serviços especiais de que trata o art. 4º do Decreto-Lei nº 1.034, a vigilância ostensiva referida no art. 2º, do mesmo decreto-lei, poderá ser realizada através de convênio das entidades representativas dos mencionados estabelecimentos com as Secretarias de Segurança das unidades federativas, mediante utilização dos respectivos efetivos policiais" — portanto, *não mais permitindo a contratação indireta, por intermédio de empresas especializadas.*

No entanto, tais empresas "locadoras de mão-de-obra", na hipótese do serviço de vigilância armada, continuam a argüir o precitado art. 4º do Decreto-Lei nº 1.034, de 21-10-1969, desconhecendo sua suspensão pelo art. 2º do Decreto-Lei posterior nº 1.103, de 6 de abril de 1970, que vem alterar aquele, mesmo tratando-se de fornecimento de vigilantes para a União.

O simples reconhecimento por parte dessas empresas "prestadoras" de serviço, ainda que feito em Juízo trabalhista, de que *é o empregador* de nada vale para identificá-la como tal, de vez que a qualificação jurídica da realidade dos fatos é *quaestio juris*, não abrangida pelo reconhecimento ou pela confissão, em razão do princípio de que "jura novit curia", ou *ius commune, quod iudici notum esse debet*, e, tratando-se de *jus cogens* de ordem pública, o de que "privatorum conventio juri publico non derrogat". O reconhecimento se refere apenas aos fatos e a confissão é o reconhecimento de fatos. Como leciona MOACYR AMARAL SANTOS (*Prova Jurídica no Cível e Comercial*, vol. II, 4ª ed. 1971, nº 3, p. 9), "se pudesse a confissão referir-se ao direito, isto é, se o direito fosse suscetível de confissão, desapareceria a função do juiz, de intérprete e aplicador da lei, função que lhe é própria e exclusiva". Daí o preceito *da mihi factum dabo tibi jus.*

A qualificação jurídica dos fatos é uma das várias fases da atividade teórica do juiz — segundo PIERO CALAMANDREI (*Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. de SANTIAGO SENTIS MELENLO, Ed. Bibliográfica Argentina, B. Aires, 1961, p. 413) — da análise da operação lógica que o juiz realiza desde que as partes lhe submetem o problema jurídico até o momento em que lhes responde (v. também MARCO GERARDO MONROY CABRA, *Introducción al Derecho*, Ed. Temis, 4ª ed, Bogotá, 1977, p. 232).

Pretende a "empresa" locadora de pessoal assumir o papel do *empregador* quando não passa de uma intrusa na relação de emprego, mera intermediária da mão-de-obra, pois como bem citou LUIZ SALVADOR (loc. cit., p. 1.301), "examinando-se a realidade fática dessa locação do vigilante bancário, vê-se que todos os pressupostos legais caracterizadores do vínculo empregatício com o tomador encontram-se presentes em face da regra prevista nos arts. 2º e 3º da CLT:

— "prestação de trabalho permanente e não eventual;"

— "os serviços diários são executados com *orientação e ordens oriundas da* administração do tomador desse trabalho permanente;"

— "os recursos destinados ao pagamento dos salários, como contraprestação aos serviços permanentes executados diretamente pelo obreiro, são oriundos e provenientes do tomador, servindo o *intermediário (agência de colocação)*, como mero repassador de numerários".

Todavia, o usuário empregador aparece mascarado de "empresa cliente". Note-se que a também chamada "empresa prestadora de serviços" (EPS) jamais exerce a *direção* dessa prestação de fato, realizada pelo trabalhador, direção esta que constitui uma condição essencial e indispensável à configuração legal de empregador (art. 2º da CLT), não se confundindo a função de *fiscalização* (e, *in casu*, dúplice) com a direção, com o comando.

Portanto, o simples "reconhecimento" por parte da "EPS" de que é o empregador de nada vale para estabelecer a verdade jurídica com apoio na realidade dos fatos.

O direito não constitui expediente para remediar mistificações e fraudes a serviço da astúcia, do ardil, da prepotência, dos interesses egoísticos e do enriquecimento sem causa. Ao contrário, o direito coíbe tais objetivos.

Como óbvio, não cabe ao sujeito da relação material dar em definitivo a *qualificação jurídica válida* para seus atos e omissões. Quer dizer, a Justiça *não está incondicionalmente sujeita à interpretação jurídica que as pessoas* possam dar a sua conduta ou aos seus negócios para os efeitos de direito. As partes não podem denominar um contrato de trabalho de contrato de mandado, de empreitada etc., não podem transformar, por simples denominação, um contrato de trabalho em contrato de mandado ou vice-versa.

— V —

A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que institui o contrato de trabalho temporário (regulamentada pelo Decreto nº 73.841, de 13-3-1974, e pela Portaria MT 66, de 24-5-1974), não respalda a posição da "EPS" de sujeito jurídico empregador na continuidade da prestação de serviço ao mesmo cliente tomador além do prazo limite de 90 dias, expressamente estipulado no precitado diploma legal.

O contrato civil de prestação de serviço entre a "EPS" e a empresa tomadora não dá licitude à continuidade da prestação de serviço do empregado à empresa cliente. Não apenas em virtude de — como se viu — não se poder ultrapassar o prazo de 90 dias do contrato de trabalho temporário, por isso que temporário (*determinado no tempo a 90 dias*), mas, ainda, e, principalmente, porque o contrato de trabalho — como "contrato realidade" (MÁRIO DE LA CUEVA) — resulta dos fatos concretos, não se condicionando a um contrato de direito civil.

Portanto, não há falar de possibilidade legal de *arrendamento* de força de trabalho para terceiro em caráter *permanente*, ainda mais com base na Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74, não abonando esta o que é

permanente. Ainda mesmo se por prazo de 90 dias ou inferior, de vez que o trabalho temporário a que se refere a Lei nº 6.019/74 *somente* é admitido em razão de circunstâncias excepcionais ou transitórias da empresa tomadora, em virtude das quais o empregado contratado temporariamente substitui (art. 2º da Lei, e art. 1º do Reg.) — em caráter provisório e não definitivo — o empregado *efetivo* da empresa cliente, razão pela qual o contrato se denomina "contrato de trabalho temporário" (é espécie de contrato por prazo determinado).

E pior ainda a hipótese em que o trabalhador conta com mais de 90 dias de tempo de serviço prestado ao mesmo cliente tomador, por *mediação* da reclamada, não justificada legalmente.

Como expôs com precisão o professor da UFMG e Juiz do Trabalho ILDEU LEONARDO LOPES ("Do Trabalho Temporário no Direito Brasileiro", in *Rev. do TRT* — 3ª Reg., nº 26, jan./jun., 1976, p. 50), *verbis*:

> "7.1. A nosso ver, não podem as empresas de trabalho temporário colocar, à disposição de empresas tomadoras ou clientes, pessoal para prestar-lhes serviço *por tempo indeterminado*, nem mesmo que os admitam como empregados, isto é, nem mesmo que lhes assegurem todos os direitos que a Legislação do Trabalho confere aos empregados em geral, *e se o fizerem, as empresas tomadoras ou clientes passarão a ser empregadoras dos mesmos*, ou, pelo menos, serão solidariamente responsáveis com as empresas de trabalho temporário por todas as obrigações sociais. Os trabalhadores, por assim dizer, terão dois empregadores: as empresas de trabalho temporário e as beneficiárias do serviço. Com efeito, o objeto da empresa de trabalho temporário é "colocar pessoal especializado, por tempo determinado, à disposição de outras empresas que dele necessitem" (art. 4º da Lei nº 6.019/74 e 2º do seu Regulamento).
>
> Não se inclui em seus fins a colocação de pessoal por tempo indeterminado, mesmo porque o trabalho se destina a "atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permite o acréscimo extraordinário de serviço" (art. 2º da lei e 1º do Reg.)."

Ressalte-se que o Diretor-Geral do DNMO aprovou parecer de seu Assessor Jurídico, proferido em 17-9-1974, no Processo MTb/137.240/74, neste sentido:

> "A Lei nº 6.019/74 não cogita da locação de mão-de-obra em caráter permanente, mas sim para atender necessidade transitória de *substituição* de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço, não podendo o contrato entre a empresa locadora e a tomadora de trabalho temporário, em relação a um mesmo trabalhador, ser superior a três meses ressalvado o disposto no *art. 10, já complementado pela Portaria DNMO/66/74.*"

Não se pode, portanto, sem acobertamento da ilicitude e acomodação de burla ao direito tutelar do trabalho, chamar esse tipo de negócio de "prestação de serviços", que dezenas de "empresas" estão usando para justificar uma "atividade comercial" (*leasing* de mão-de-obra) não permitida em lei alguma.

E não sabemos de onde tiraram elas esse nome eufemístico para "atravessador" ou "mediador" entre o real empregador e o empregado.

— VI —

Já, anteriormente, registramos nossa estranheza quanto à legalidade da atividade chamada de "locação de serviços" em relação ao trabalhador, então admitido sob o regime do "contrato de trabalho" para que, através de um contrato de direito civil com outra empresa, seu "empregador" alugasse a terceiro a sua prestação de serviço e pudesse viver, assim, *do lucro desse "negócio jurídico"*. Inexiste lei que ampare a intermediação de mão-de-obra ou a comercialização da prestação de serviço de trabalhadores admitidos como "empregados" sob regime da CLT. Numa palavra, não há falar em aluguel de contratos de trabalho. Contratar um empregado para arrendar a prestação de *serviço deste a terceiro é desvirtuar a natureza do contrato de trabalho.* O contrato de trabalho não pode depender de um contrato de direito civil do "empregador" com terceiro, para o qual o serviço do empregado deva ser prestado. O contrato de trabalho deixaria de ser autônomo. E o direito do trabalho ficaria subordinado ao direito civil.

A chamada "EPS" está forçando a restauração do antigo regime escravista, tentando impor como costume o que em direito já há séculos foi repelido. O agente atravessador entre o empregador e o empregado, entendendo-se empregador *de direito*, enquanto o locatário da prestação de serviço seria o empregador *de fato*. Tal admissão não se coaduna com o moderno direito do trabalho de caráter tuitivo do trabalhador. Mais que isso, transgride os mandamentos e princípios constitucionais que garantem a tutela da dignidade do homem e do trabalho.

Tendo por objetivo a realização do desenvolvimento nacional e a justiça social, o direito constitucional do trabalho garante a valorização do trabalho como condição da dignidade humana; a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento dos lucros; a expansão das oportunidades de emprego produtivo; a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de *liberdade de iniciativa*. A norma constitucional assegura ainda aos trabalhadores a integração na vida e no desenvolvimento da empresa; o direito de greve.

Pois bem, tais garantias constitucionais estão sendo postas a baixo, por artes de berliques e berloques, pelas chamadas "empresas prestadoras de serviço", através de uma insólita operação de *leasing* do trabalho humano. Alugam a força de trabalho para os que necessitam de mão-de-obra, tentando "substituir" estes na qualidade jurídica de empregadores.

Como enfatiza LUIZ SALVADOR (loc. cit., p. 1.300):

> "Apesar das diretrizes e normas internas e externas existentes. Apesar do cuidado do legislador em não permitir lacunas à proliferação

da locação do trabalho permanente. Apesar das garantias legais existentes e previstas, quer na lei ordinária e até no texto constitucional. Apesar das críticas e denúncias havidas desse estado de coisas, quer nas Câmaras, quer nas Assembléias, quer no Parlamento, quer perante o próprio Judiciário, *a continuidade da locação do trabalho permanente continua a existir, a crescer, a proliferar, com empresas locando mão-de-obra permanente a todos os setores da vida nacional, ao comércio, à indústria, aos particulares e ainda ao Poder Público*, a quem cabe, em última instância, assegurar o progresso social e a promoção do bem comum.

Apesar de proibitiva a locação da mão-de-obra permanente, a fraude e a violação às garantias legais existentes frustraram os sonhos, os desejos, os ideais contidos na Justificativa do Projeto do Deputado João Alves, porque:

a) na prática, a lei tornou-se um eficiente instrumento de exploração da mão-de-obra desclassificada, ameaçando o emprego permanente dos trabalhadores;

b) há serviço para locar mão-de-obra permanente, mesmo diante do texto proibitivo da lei, propiciando o incremento da rotatividade da mão-de-obra e contribuindo para reduzir os salários dos trabalhadores, anulando-se-lhes as conquistas ao progresso social e participação nos resultados econômicos construídos com sua força produtiva. (...)."

O Direito do Trabalho perde, então, sua autonomia, condicionado que fica ao direito comum, na dependência da prévia existência de um "pseudocontrato de prestação de serviços" de natureza cível, sem o qual impossível será doravante ao trabalhador a prestação de serviços livre e direta, em caso de expansão futura da "atividade" de tais "empresas" em todos os setores profissionais. Ao trabalhador ficará vedada a livre escolha de seu empregador. E frustrada, então, a garantia da livre escolha de emprego estatuída pela Convenção Internacional nº 122, adotada pela 48ª Sessão da Conferência, em Genebra, 1964, em vigor no Brasil desde 24-3-70, promulgada que foi pelo Decreto nº 66.499, de 27 de abril de 1970, *DO* de 30 de abril de 1970 (vide WAGNER D. GIGLIO, *OIT e Convenções Internacionais do Trabalho Ratificadas pelo Brasil*, ed. Sug. Lit., 1ª ed., S. Paulo, 1973, p. 383), *verbis*:

"CONVENÇÃO 122:

Art. 1º — Em vista de estimular o crescimento e desenvolvimento econômico, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão-de-obra, e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e *livremente escolhido*. (...).

c) *Que haja livre escolha de emprego* e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convier e de utilizar, neste emprego, suas qualificações assim como seus dons, qualquer que seja sua raça,

cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social."

— VII —

A "empresa" prestadora ou locadora de mão-de-obra será sempre o "empregador fantasma", figura não amparada pelo direito por aviltar a exploração da força de trabalho.

A atividade das chamadas "EPS" para a qual não encontram elas apoio em lei alguma, a ser tolerada, induz a previsão de um futuro obscuro para o direito do trabalho, em razão da conseqüente desvinculação progressiva das demais empresas de seus trabalhadores, pois os únicos empregadores de toda a grande massa de trabalhadores e donas exclusivas do mercado de trabalho passarão a ser as chamadas "empresas" de prestação de serviços, ou, melhor, "locadoras de mão-de-obra".

Vale destacar — com CESARINO JR. (citado num discurso do Senador Franco Montoro — V. LUIZ SALVADOR, loc. cit., p. 1.299) — que, se a lei do contrato de trabalho temporário (nº 6.019/74) — e, acrescentamos, o Decreto-Lei nº 1.034/69 — "contiverem saídas, aberturas, nenhuma empresa vai contratar mais empregados para não ter o ônus que a legislação do trabalho impõe ao empregador". E é o que vem acontecendo, pois, *atualmente*, só na Capital da República, já existe cerca de meia centena de empresas desse tipo. E esse futuro trágico para a classe trabalhadora — e que já se faz presente — deve ser evitado em atenção à eficácia dos princípios constitucionais que asseguram a ordem econômica, moral e social, inclusive o interesse público e a segurança nacional, a cujos ditames está condicionada, por exemplo, a aplicação do critério previsto no art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, como prescreve o § 8º deste mesmo art. 10. Os empresários da indústria, do comércio, do setor bancário e financeiro não terão mais empregados seus, diretamente escolhidos e contratados, mas força de trabalho arrendada, como se aluga qualquer objeto ou coisa. O homem — o trabalhador — está condenado a ser uma coisa (res), mero objeto de transação, de locação, de arrendamento, de aluguel, sujeito a trabalhar para qualquer empresa sem poder escolher qual. A empresa de "prestação de serviço" comprou o seu "passe" para dele fazer uma atividade lucrativa. O trabalho dela é o trabalho dele. E a empresa cliente paga à "empresa" prestadora apenas para que esta pague ao trabalhador "coisa" e ganhe a custa deste.

Registre-se, a título de curiosidade, que esta singular modalidade de intermediação da mão-de-obra obscurece a figura do empregado como prestador de serviço. Agora, determinadas "empresas" pretendem substituir o empregado na "prestação de serviços". São elas que são chamadas, agora, de "prestadoras de serviços".

Tais "empresas" de "prestação de serviços" estão se multiplicando por todo o País. Seu número hoje já é assustadoramente elevado. Os assalariados estão cada vez mais à mercê de um novo tipo de exploração, por parte dessas "empresas" atravessadoras, cuja atividade inconstitucional e contrária à ética, já está interferindo negativamente na execução da política salarial do governo, contribuindo — em virtude de seus lucros fáceis e exorbitantes — para intensificar a inflação, numa verdadeira corrida voluptosa e sem escrúpulos legais ou mo-

rais, visando a obtenção de maior fatia do bolo do PIB, aumentando a desigualdade na distribuição da renda nacional.

Anota com precisão o precitado Prof. ILDEU L. LOPES (artigo cit., p. 50):

> "Justamente, porque a exploração de mão-de-obra alheia, em princípio, configura atividade ilícita, é que a Lei nº 6.019/74 precisou ser promulgada, para reconhecer ou permitir, excepcionalmente, a locação de trabalho *temporário*, a fim de se atender as necessidades *transitórias*, que justificam a exceção. E, PERMITIDA SOMENTE A LOCAÇÃO DO TRABALHO TEMPORÁRIO, IMPLICITAMENTE, A REFERIDA LEI CONFIRMOU A PROIBIÇÃO DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO PERMANENTE."

Tal como já decidiu o E. TRT – 4ª Região, em acórdão da lavra do Juiz Pereira Leite, *verbis*:

> "Lei nº 6.019, de 1974, marginalizou a empresa de serviço permanente. Reconheceu apenas a atividade da empresa urbana de trabalho temporário" (cit. por LUIZ SALVADOR, loc. cit., p. 1.300).

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 6.019/74, como, com acerto, interpretou ALUYSIO SAMPAIO (*Lei do Trabalho Temporário* – apud CESARINO JR., *Problemas de Direito do Trabalho*, Ed. LTr, S. Paulo, 1977, p. 25, e que endossa a interpretação), "não se limitou o artigo acima mencionado a afirmar que o trabalho temporário deve corresponder à necessidade transitória da empresa. A necessidade transitória, isto é, não permanente da empresa, deflui de duas circunstâncias, ambas eventuais: *a*) substituição de seu pessoal regular e permanente; *b*) acréscimo extraordinário de serviços. *Não é possível, pois, a celebração de contrato de trabalho temporário para atender as necessidades permanentes da empresa e isso sob pena de nulidade parcial do contrato*, ex vi *do disposto no art. 9º da CLT*".

A Lei do Trabalho Temporário de forma alguma agasalha essa nova atividade "empresarial" (de muita vivacidade e esperteza) que é usada sem o menor escrúpulo por tais "empresas" para justificarem uma situação *indeterminada*, a fim de lhes garantir vida fácil com trabalho alheio. Não pode tal atividade ser confundida com a das *agências de locação*, cuja mantença é prerrogativa dos sindicatos de classe, na forma do disposto no parágrafo único do art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Note-se ainda que a "EPS" não está em condições de celebrar contrato individual *escrito* de trabalho *temporário* com o trabalhador na conformidade das exigências expressas dos arts. 11, da Lei nº 6.019/74, e 21, do Regulamento desta, de vez que o fazem por mais de 90 dias. A necessidade do instrumento *escrito* do contrato de trabalho temporário é inafastável, sob pena de inexistência jurídica deste último. E, assim, a conseqüência jurídica não é outra senão a apontada com exatidão pelo Prof. ILDEU L. LOPES (artigo cit., p. 48), de que:

> *"Na falta de controle escrito, por certo, o trabalhador se considerará um empregado da empresa em que prestar serviços, portanto, com o total amparo da legislação do trabalho, mesmo que de sua carteira conste a condição temporário"* (grifo nosso).

Daí não ser a "EPS", quando processada em juízo, parte legítima *ad causam*, nos feitos trabalhistas, por impossibilidade de comprovar a existência do *instrumento escrito* do contrato de trabalho temporário firmado com o trabalhador, como meio de prova da relação de emprego *temporário*.

— VIII —

Nem mesmo a União pode envolver-se ou ser envolvida nesse tipo *sui generis* de negócio, ainda que através de contrato de trabalho *temporário*, diante da sua impossibilidade legal de utilizar-se da Lei nº 6.019/74, porque a contratação celetista só pode ser para cargos de ocupação *permanente* e, não, temporária, e, ainda, *diretamente* remunerados por ela, União, e não, pela empresa fornecedora de mão-de-obra.

Já, em 1975, em nosso artigo sobre o "Contrato de Trabalho Temporário" (in Rev. *Vox Juris Trabalhista*, S. Paulo, nº 48, dez., 1975, pp. 34 e 35), afirmamos que: "o trabalho temporário poderá ser prestado a uma "empresa", como tal definida no art. 2º e § 1º da CLT. Excluídos, portanto, os domésticos que prestam serviço de natureza não econômica à pessoa ou à família (que não são "empresas"), no âmbito residencial destas (letra *a* do art. 7º da CLT), bem como os servidores públicos civis da administração federal direta e autarquia, optantes ou admitidos pelo regime da legislação trabalhista, porque, de acordo com o parágrafo único do art. 13 da Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, a contratação desses servidores, sob regime trabalhista, *somente é* permitida para "cargos integrantes do Plano de Classificação com correspondente remuneração", ou seja, para ocupação *permanente* e não temporária, e diretamente remunerados pela União ou pela autarquia (e não, pela empresa fornecedora)".

Ampara ainda este entendimento o V. Decisório do E. Tribunal de Contas da União (com substancioso relatório baseado em estudos e informações dos Ministérios da Fazenda e Agricultura e, inclusive, do próprio DASP) destacando a irregularidade, a gravidade e a ilegalidade desse tipo de contratação indireta de mão-de-obra pela União com tais "empresas prestadoras ou locadoras de serviços". Um *leasing* estranho ao arrepio da lei (Ac. do TCU — Rel. Min. Arnaldo Prieto, publicado no *DOU*, Seção I, de 8-1-81, pp. 480/510). Acrescenta ainda o Min. Prieto, *verbis:*

> "As inconveniências da utilização de qualquer espécie de mão-de-obra alugada já foram ressaltadas, restando apenas acrescentar que *esse sistema irregular*, já generalizado e cada dia praticado em maior escala, cria focos de descontentamento, dentro do próprio pessoal do quadro, quando os contratados recebem salários superiores e também entre aqueles que não pertencem à Administração, nela trabalham, mas sem possibilidade de maior acesso, melhor progresso pessoal e profissional e sem qualquer vinculação, integração ou participação nas diversas atividades de cada órgão. No trabalho realizado pelo Ministério da Fazenda sobre a locação de serviços a terceiros, antes mencionado, foi sugerido como alternativa para solucionamento da questão: a descentralização para o Departamento de Pessoal de cada Ministério da competência do recrutamento e seleção de pessoal de nível

primário; a fixação de salário para cada categoria funcional, tanto quanto possível, de acordo com o mercado de trabalho, adoção do regime jurídico da CLT, e absorção do pessoal contratado, em exercício, de acordo com os critérios a serem definidos.

No encaminhamento da matéria pelos órgãos competentes, não há dúvida de que estas e outras alternativas deverão ser levadas em consideração, com vistas a uma solução urgente que o caso requer, sob pena de causar incontornáveis impasses e sérios prejuízos à política de pessoal civil.

Aliás, solução semelhante foi encontrada pelo Ministério do Interior que, com a aprovação pelo Ex.^{mo} Sr. Presidente da República de uma Tabela Especial de Empregos, conseguiu absorver profissionais de nível médio, contratados pelo Departamento de Administração, através de uma firma particular e prestação de serviços e ainda obtendo uma redução de despesas em cerca de 30%, com a manutenção da mesma força de trabalho.

O que se constata, em suma, é a existência de uma política formal de pessoal civil da União sob comando do DASP *e, ao lado dela, uma outra marginal não explicitada mas praticada, ao arrepio das normas legais.* O Decreto nº 84.817, de 18-6-80, conteve o seu crescimento, mas não acobertou as situações irregulares existentes.

Há um rígido controle da verba de pessoal. Mas gasta-se em pessoal, sem o controle dos respectivos Departamentos, através da verba de "Serviços de Terceiros.".

Não cabe ao TCU analisar as políticas adotadas por quem de direito, muito menos sobre pessoal. Cabe-lhe, entretanto, o exame da regularidade da despesa tanto de pessoal quanto de qualquer outra natureza.

Exatamente aí encontra-se o fulcro da questão: ordenadores de despesas aplicando recursos públicos federais em pessoal *e em desacordo com as normas legais em vigor.*

Por todo o exposto, e acolhendo as providências sugeridas pelo Sr. Inspetor-Geral da 4ª IGCE, VOTO:

a) seja levado ao conhecimento da Presidência da República o problema de contratação indireta de pessoal, pelas entidades da Administração Pública federal, pela amplitude, gravidade e *irregularidade,* que envolvem a matéria, juntando-se cópias do Voto do Relator, do Parecer do Sr. Inspetor-Geral e dos casos julgados pelo Tribunal (Anexo II);

b) seja solicitado à Secretaria-Central do Sistema de Controle Interno que os relatórios de auditoria das tomadas de contas, a partir do exercício de 1980, consignem a situação existente em cada órgão, relativamente a utilização indireta de pessoal, bem como os casos de fornecimento desse tipo de mão-de-obra para outras entidades através de convênios; e

c) seja recomendado às Inspetorias de Controle Externo que, utilizando-se das publicações de contratos e convênios bem como das inspeções, intensifiquem o exame de contratação indireta de pessoal, a fim de possibilitar a definição de responsabilidades no julgamento das respectivas tomadas de contas e adoção de providências capazes *de solucionar o problema, no nível adequado*" (grifo nosso).

Neste mesmo julgamento, o Ministro Mauro Renault Leite proferiu a seguinte:

DECLARAÇÃO DE VOTO

"Quero apenas me congratular com o Ministro Arnaldo Prieto, que expôs com tanta propriedade e dando enfoque principal a essa *anomalia* das duas forças de trabalho numa administração pública. Uma, coordenada pelo DASP, comandada pelo DASP; e há essa outra, em paralelo. Um dos grandes inconvenientes é a gama de irregularidades que daí pode surgir. O Plenário acabou de determinar, há dias atrás, uma inspeção especial na Diretoria da Receita de São Paulo, em face da denúncia em relação, justamente, a esse caso de mão-de-obra, contratada por uma empresa. *Oficiosamente, eu já tive conhecimento* da procedência desse caso de *servidores fantasmas.*

Porque fica na realidade incontrolada tal contratação. O controle interno dificilmente chegará a identificar uma *irregularidade desse teor.* A não ser, nesse caso, quando há uma denúncia expressa por alguém quando essa denúncia chega à imprensa e, pela imprensa, dela tomamos conhecimento. E essa está efetivamente comprovada.

Soube até que a empresa já recolheu alguns milhares de cruzeiros, em decorrência desses servidores fantasmas.

O outro aspecto — esse um caso que vimos ainda há poucos dias — é o de tornar-se o processo mais oneroso e de maior responsabilidade. Há pouco, o Tribunal Federal de Recursos acolheu uma reclamação de um empregado de uma empresa posto à disposição, digamos assim, não sei se da União diretamente ou de uma empresa da União, o que afinal, vem dar no mesmo. *Na ocasião de julgar, o Tribunal reconheceu que o patrão era mesmo o Estado. Que a empresa era, nesse caso, uma mera intermediária.* Então, todos aqueles ônus, que normalmente o órgão paga para ter essa mão-de-obra, acabam recaindo sobre o Estado. Afinal, é mais fácil recorrer contra o Estado do que contra a empresa privada, indo para a área do Tribunal do Trabalho. *E esse caso foi bem elucidativo, porque ficou comprovado.* A empregada declarou que ela mal conhecia a sede da empresa; que ela ia diretamente para uma repartição para trabalhar. *E foi reconhecido esse vínculo e nem disso o Estado se desonerou. Ou seja, ficou ainda com este o encargo das indenizações.* De forma que é uma providência que se impõe. A matéria realmente comporta ser levada ao conhecimento do Ex.mo Sr. Presidente da República.

Acolho, portanto, o voto proposto pelo Ministro Arnaldo Prieto" (grifo nosso).

Em seu voto, supratranscrito, o Ministro Arnaldo Prieto fez ainda a seguinte consideração:

"... *Enquanto a Administração Pública fica presa à falta de comprovação de recurso orçamentário para despesa de pessoal, gasta-se muito mais através de outra rubrica, a de serviços de terceiros.*

Há poucos dias ainda, tivemos aqui o caso do DNOCS. Solicitava aquela entidade autorização para praticar um ato, que ela sabia ser impossível, por inciativa própria, *porque era ilegal;* mas queria a chancela do Tribunal de Contas para fazê-lo, pretendia que se autorizasse a dilatação do prazo do contrato firmado, em 1975, portanto há mais de cinco anos, com a Empresa Brasileira de Locação de Serviços Ltda., *diante dos dispositivos legais proibitivos em vigor.* Além de ser um *ato contrário às normas legais vigentes,* tratava-se, como vimos, de uma política de administração de pessoal da União, comandada pelo DASP" (grifo nosso).

Em seu Relatório de Inspeção Ordinária (TC-21.609/82), o ilustre Ministro-Relator, João Nogueira de Rezende, citou o estudo da 4ª Inspetoria-Geral do TCU e alinhou as inconveniências e irregularidades proporcionadas pelo sistema de "contratação indireta", assim resumindo e recomendando:

"Naquele estudo global, o Sr. Inspetor-Geral da 4ª IGCE, após analisar o mecanismo de contratação indireta de pessoal pela Administração Pública federal, ressaltou as seguintes inconveniências e irregularidades proporcionadas por tal sistema:

a) representa, de qualquer forma, despesa paga pelos cofres públicos;

b) a despesa é sempre maior; nos contratos com firmas, estas cobram taxas elevadas de administração; nos convênios, os salários pagos são bem superiores aos do funcionalismo público;

c) causa distorção no Orçamento-Programa; as despesas são pagas por dotações impróprias;

d) torna irreal a fixação e a execução da despesa de pessoal;

e) desvirtua a política de pessoal;

f) as admissões são feitas indiscriminadamente e sem concurso;

g) o próprio levantamento do número de servidores públicos pode sofrer distorções; e

h) quanto a convênios, provoca descontentamento do pessoal do quadro, que ganha bem menos, estimulando exonerações para retorno via indireta.

Diante de todo o exposto, acolhendo os pareceres, VOTO no sentido de que seja recomendado, à Secretaria-Geral do Ministério da Agricultura, que:

a) apresse as providências necessárias à elaboração da Tabela Especial de Empregos, cuja aprovação virá regularizar a situação anô-

mala de milhares de pessoas que prestam serviço àquela Secretaria de Estado; e

b) suspenda, definitivamente, a contratação indireta de pessoal, exceção feita para aquela permitida em lei (Lei nº 5.645, de 10-12-70 — art. 3º, parágrafo único).

TCU — Gabinete, 21 de setembro de 1982. — *João Nogueira de Rezende*, Ministro-Relator."

Não se argumente com o preceito do art. 106 da Constituição federal, pois este se refere expressamente aos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, donde não proteger o referido dispositivo constitucional o aluguel de empregados em regime *permanente* (servidores *temporários* não podem ser confundidos com empregados *permanentes*). Também, não se trata de discutir o que dizem o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.645/70, ambos descartados na hipótese em tela pelo entendimento do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, em recente e lapidar acórdão, *verbis*:

"Trabalhista, cooperativo prestador de serviços. Inexistência de autonomia profissional. Relação empregatícia. Desvirtuamento dos preceitos da legislação consolidada.

1. Contrato de fornecimento de profissionais e prestação de serviços entre cooperativas e entidades da administração pública indireta. (Lei nº 5.764/71, Decreto-Lei nº 200/67, art. 10, § 7º, Lei nº 5.645/70, art. 3º, parágrafo único). *É agenciamento de colocações,* previsto no art. 513, parágrafo único, da CLT. Dá lugar ao surgimento de relações empregatícias entre os *requisitados* e a entidade *destinatária* do serviço (CLT, art. 3º, parágrafo único), situação que as convenções não poderão desvirtuar.

2. Inexistência de *autonomia consciente* do prestador de serviços *fornecidos* pela Cooperativa que exerce atividades sem especialidades e por período de tempo suficiente à caracterização da não eventualidade.

3. Conseqüências anti-sociais do controle, pela *fornecedora* desde a *intermediação* inicial até o enquadramento profissional tabelado e registrado previdenciariamente à revelia do *fornecedor* (CLPS, art. 4º, IV, alíneas *a/e*). *Mácula da espontaneidade da vontade do trabalhador e aviltamento das relações laboriais, pelo enquadramento das hipóteses no sistema* de *merchandising* e *leasing*, com risco de quebra do equilíbrio de tais relações.

4. Reclamação julgada procedente (ac. da 2ª T.TFR, de 12-9-80 — Proc. 4.448, DF (3146499) — Recorrente — Therezinha Bernabé de Oliveira; Recorrido — Instituto Brasileiro do Café — IBC. Rel. Ministro Evandro Gueiros Leite, *DJ* de 16-10-80)."

Vale destacar ainda o seguinte trecho do precitado acórdão, em que o ilustre Ministro Evandro Gueiros enfatizou, *verbis*:

"Advirto, com a devida vênia, contra as conseqüências anti-sociais dessa intermediação, cujo acobertamento oficial pode *macular a espon-*

taneidade da vontade do trabalhador e aviltar as relações laboriais (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, obra citada, p. 260; cf. ainda cit. art. 9º da CLT). Contra os sistemas de *merchandising* ou *leasing* já se tem manifestado a OIT, em alerta contra a quebra do equilíbrio destas relações, seriamente ameaçado pelo açambarcamento do mercado de trabalho pelas sociedades do tipo cooperativista do trabalho profissional especializado."

Ainda como recentemente decidiu o Egrégio TFR:

"Se as tarefas desempenhadas pelos trabalhadores são de natureza *permanente, configura-se a burla à legislação protetora do trabalho, mediante a intermediação da empresa fornecedora de mão-de-obra*" (Recurso Ordinário nº 5.612 – SP – Reg. 130 – 7.886 – Relator o Ministro Carlos Madeira. Recorrente – Banco Nacional da Habitação. Recorridos – Jeannete Jacyra Ferro e outros. Brasília, 8 de maio de 1981).

Vale registrar aqui a seguinte notícia do *Correio Braziliense*, 17 de maio de 1981, na "Coluna do Servidor" sob o título de "TCU proíbe contratação de vigilantes":

"O plenário do Tribunal de Contas da União, acolhendo voto do Ministro Arnaldo Prieto, determinou que fossem solicitados esclarecimentos à Universidade Federal de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, a respeito das providências adotadas para cumprimento do *Decreto nº 85.354, de 1980, que inclui no serviço público federal a categoria funcional de Agente de Vigilância.*

O processo referia-se a contrato celebrado pela referida Universidade com firma particular, para prestação de serviços de ronda e vigilância. Segundo o Ministro Prieto, o serviço de vigilância em órgãos da Administração Federal foram recentemente disciplinados pelo citado decreto, que criou a categoria de "Agente de Vigilância" e *vedou, conseqüentemente, a partir daquela data, a contratação de pessoal através de terceiros para o desempenho de tal atividade*" (grifo nosso).

Releva acrescentar, como arremate, o entendimento da jurisprudência que vem sendo firmada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, com o seguinte acórdão, corroborando a nossa posição sobre o tema em questão:

"O "trabalho temporário" não compatível com o serviço de vigilância bancária de natureza permanente". O art. 10 da Lei nº 6.019, de 1974, não permite trabalho temporário por prazo superior a três meses. Ultrapassado esse prazo, tem-se como empregador o usuário dos serviços configurando-se como solidário para os efeitos do art. 2º, § 2º, da CLT" (Proc. TST – 2.150/74 – AC. da 2ª T. – 1.161/74. In *Suplemento LTr* – nº 106/74).

E, em acórdão recente:

"Trabalho temporário é aquele e tão-somente aquele de que trata a Lei nº 6.019.

Qualquer tipo de locação de mão-de-obra ultrapassando os limites temporais da Lei nº 6.019 importa em *vinculação direta de trabalho com o tomador do serviço*. Confusão que se estabeleceu na área do trabalho, com a proliferação de contratos espúrios para trabalhos notadamente permanentes.

"Marchandage" legalmente condenada. Revista conhecida parcialmente, para condenar, solidariamente, o banco tomador de serviço" (Proc. TST-RR-189/79 – Ac. 2ª T. 2177, de 1980 – publ. in *Jornal de Brasília* – Col. "Nos Tribunais", de 18-12-1980, p. 14).

(Apenas um reparo aos V.V. acórdãos supra: se o usuário é o *verdadeiro empregador*, não pode ser ele considerado como solidário, e, sim, a "empresa locadora").

E ainda:

"Ilegalidade da locação de serviço permanente. Era fictícia a relação de trabalho com a empresa prestadora de serviços de vigilância. Comprovada a relação empregatícia do reclamante com o banco.

Não cabe invocação da Lei nº 6.019, de 1974, pois desrespeitava as suas regras. "TST – Proc. RR-04137/78 – Ac. 00596, de 3-5-79 – DIJC – 1-6-79 – Rel. Ministro Marcelo Pimentel."

"Vigilante: Prestação de serviço a banco, como empregado de empresa prestadora de serviço. Qualificação como bancário". (TST – Proc. RR-01164/80 – Ac. 01050, de 11-5-81 – DIJC – 5-6-81 – Rel. Ministro Miranda Lima).

"Relação de emprego que restou configurada pela prestação de serviços continuados em atividade de apoio, que integram o quadro da Reclamada, em nome, porém, de outras empresas *leasing de serviços* com o objetivo de fraudar consolidados" (TST – Proc. AI-02382/80 – Ac. 02675, de 10-11-80 – DIJC – 6-2-81 – Rel. Ministro Expedito Amorim).

Mais recentemente os seguinte acórdãos:

"Vigilante de banco. Empresa fornecedora de mão-de-obra não obsta a que o empregado seja considerado bancário" (TST, 3ª T., Ac. nº 1.738/80, Proc. RR – 4.300/79; Rel. Min. Ary Campista; *DJ*, de 7-11-80, pág. 9.252). (In *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, de J. LIMA TEIXEIRA FILHO, Ed. F. Bastos, Rio, 1982, p. 235, nº 1.223).

"Empregado que sempre trabalhou para ou no mesmo estabelecimento, em atividade necessária ao seu funcionamento. Não se caracteriza o trabalho temporário. Decreto-Lei nº 1.034, alegado apenas na revista. Relação de emprego com o tomador do serviço" (TST, 2ª T., Ac. nº 2.176/80, Proc. RR-138/79; Rel. Min. Marcelo Pimentel; *DJ*, de 14-11-80, p. 9.535). (In — *Repertório de Jurisprudência Trabalhista, de* J. LIMA TEIXEIRA FILHO, Ed. F. Bastos, Rio, 1982, p. 235, nº 1.226).

"É o Reclamante bancário, para todos os efeitos, pois o serviço de vigilância bancária é ônus dos bancos, e ineficaz seria a legislação

que a instituiu se os executores dos serviços escapassem à sua subordinação. O fato de serem treinados fora não exclui a relação de emprego. Notoriamente, procura-se desfazer, no caso dos autos, os efeitos de julgados, inclusive de minha lavra, que tiveram a iniciativa, e prevaleceram, no sentido de declarar em fraude à Lei nº 6.019, a execução, por terceiros, de serviços bancários permanentes, como terceira é a segunda Recorrente empresa de vigilância. Revista provida". (TST, 3ª T., nº 3.014/80, Proc. RR-5.410/79; Rel. Min. Rezende Puech; *DJ*, de 27-2-81, p. 1.352). (In — *Repertório de Jurisprudência Trabalhista, de* J. LIMA TEIXEIRA FILHO, Ed. F. Bastos, Rio, 1982, p. 235, nº 1.227).

Vale destacar o seguinte acórdão do TST, da lavra do Min. Marcelo Pimentel, *verbis:*

"Trabalho temporário é aquele e tão-somente aquele de que trata a Lei nº 6.019.

Qualquer tipo de locação de mão-de-obra, ultrapassando os limites temporais da Lei nº 6.019, importa em vinculação direta de trabalho com o tomador do serviço.

Confusão que se estabeleceu na área do trabalho, com a proliferação de contratos espúrios para trabalhos nitidamente permanentes. Marchandage legalmente condenada. Revista conhecida parcialmente, para condenar, solidariamente, o banco tomador do serviço" (TST, 2ª T., Ac. nº 2.177/80, Proc. RR-189/79; Rel. Min. Marcelo Pimentel; *DJ* de 12-12-80, pág. 10.666).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST RR-189/79 em que são Recorrentes Natividade Córdoba e outra e Recorrido Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A.

Foi o seguinte relatório aprovado em Sessão: "O Eg. 4º Regional, através de sua 1ª Turma, pelo v. acórdão de fls. 79/83, negando provimento, por um lado, ao apelo das reclamantes, deu provimento parcial, por outro, ao recurso da 1ª reclamada, Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda., para excluir da condenação as horas extras decorrentes do intervalo dilatado, sob a alegação assim sintetizada, na ementa:

"Trabalho temporário não caracterizado. Não incidência da Lei nº 6.019, de 3-1-74. Ajustado intervalo intrajornada superior a duas horas através de instrumento escrito, não se considera o empregado à disposição do empregador pelo período excedente."

Inconformadas, vêm as reclamantes de revista, pelas razões de fls. 84-90, calcada em ambas as alíneas do permissivo consolidado, em que alegam divergência com os arestos que mencionam a violação dos arts. 382, 383 e § 2º da Consolidação, sustentando em síntese relação de emprego entre a 2ª reclamada e insurgindo-se contra o não deferimento de horas extras, sob a alegação de intervalos dilatados.

Admitida (fls. 103/104) e contra-arrazoada (fls. 106-108), a D. Procuradoria, em parecer lançado às fls. 118, opina pelo conhecimento da revista."

É o relatório.

VOTO

Intervalos para repouso. Não conheço. A divergência está superada pela Súmula 88. Solidariamente do 2º Reclamado — Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A. Conheço pela divergência (fls. 85-86).

MÉRITO

Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A sustenta que as reclamadas são empregadas da empresa Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda., com quem avençou a locação de serviços.

O desate da questão reside em perquirir se os contratos de fornecimento de mão-de-obra são ou não legais, se encerram ou não atos com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos conceitos contidos na CLT, recaindo na condenada "marchandage". Com efeito, o Código Civil, sem dúvida, prevê, no Capítulo IV, quando trata "Da Locação", na Seção II, da "Locação de Serviços", a validade do contrato de locação de prestação de serviços.

Deve-se assinalar, no entanto, que o Código Civil, datando de 1916, encontrou apenas legislação esparsa que, modestamente, procurava proteger o trabalhador. Inexistia a Consolidação.

Daí constarem do Código Civil várias normas dando os primeiros passos no sentido de proteção social aos empregados, razão pela qual, surgindo a CLT, suas normas sobre locação de serviços quedaram-se quase como *letra morta.*

Genericamente, a locação de serviços é um contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração, que a outra paga, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, prestação de um serviço.

No caso *sub oculis,* existe um contrato de locação (fls. 40-41), em cuja cláusula décima terceira, vê-se sua característica de indeterminação, quanto ao prazo, o que conduz à nulidade preconizada no art. 9º da CLT, porque fixo ou determinado é o caracterizador do trabalho temporário.

A temporaneidade caracteriza a essência do contrato de locação de serviços de que trata o Código Civil. E, quando se trata de trabalho temporário, a contratação necessariamente reger-se-á pela Lei nº 6.019.

Tanto é certo que a temporaneidade fixada e determinada é que caracteriza o contrato de locação de serviços, que o Código Civil enumera uma gama de condições resilitivas do pacto nos arts. 1.227 a 1.236.

No art. 1.220 fixa prazo para sua terminação. O fundamento do dispositivo legal referido é a inalienabilidade da liberdade humana. Uma obrigação de prestar serviços por mais de quatro anos pareceu ao legislador escravização comercial, ou o resultado de uma exploração do fraco pelo poderoso e, por esse motivo, limitou-a.

Não impede, no entanto, o Código Civil que o contrato, findo o prazo, decorridos os quatro primeiros anos, se renove por outro tempo igual.

O contrato de fls. 40-41 é celebrado por prazo indeterminado.

Os arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, nos quais busca apoio o Banco, regulam a locação de serviços prestada pelo próprio trabalhador na condição de locador. *Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, todavia, esse tipo de locação passou à área do direito do trabalho e se rege hoje pelo texto consolidado.*

Conclui-se, por conseguinte, que, quando uma pessoa de direito avençada no contrato de fornecimento de pessoal, celebra contrato com uma empresa para que seus empregados nela cumpram tarefas ou prestem serviços de natureza *permanente, temos uma fraude à lei trabalhista, se não enquadrou nas exceções da Lei nº 6.019, isto é, tratando-se de trabalho temporário*.

Não se identifica, na hipótese, o trabalho temporário. Uma empresa, segundo a lei nº 6.019, só pode utilizar o trabalho temporário em duas situações:

a) atendimento de necessidades transitórias de substituição de seu pessoal regular e permanente;

b) acréscimo extraordinário de serviços. Inferimos por exclusão que não pode haver trabalho temporário:

> *a*) quando se trata de execução de atividades normais da empresa;
>
> *b*) não se pode considerar "acréscimo extraordinário de serviço" os decorrentes da normal ampliação econômica da empresa, pois passam a integrar as atividades normais;
>
> *c*) a substituição de pessoal, por tempo indeterminado e prolongado, também descaracteriza o trabalho temporário, que sofre limitação no tempo, "ex vi" do art. 10 da Lei nº 6.019, *verbis*: "O contrato entre a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização concedida pelo órgão local do Ministério do Trabalho, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra."

Reunindo os demais requisitos da lei, podemos dizer que são essenciais:

1) atendimento de necessidade transitória de substituição de pessoal permanente regular da empresa ou acréscimo extraordinário dos serviços;

2) *contrato escrito:*

a) entre a empresa de trabalho temporário (locadora de mão-de-obra) e a tomadora dos serviços;

b) entre a locadora e os empregados colocados a serviço das clientes;

3) prazo máximo de três meses para o contrato formado entre a locadora e os empregados a serviços das clientes;

4) anotação na CTPS.

Sem esses requisitos não se configura o trabalho temporário.

No caso, o banco está utilizando serviços de outrem, serviços esses que são efetivos, subordinados e ensejadores de remuneração, *tanto assim que os empregados a recebem da locadora de serviços*, ficando patente que o ato apenas visa deslocar para essa locadora as obrigações decorrentes do pacto laboral.

Alega o banco não haver relação de emprego entre ele e os trabalhadores porque cedidos por outra empresa, a primeira reclamada, mediante contrato de locação de serviços. Desta forma, na hipótese que se convencionou chamar de locação de mão-de-obra, determinadas empresas se eximem de assumir o papel de empregadores, estabelecendo-se um tríplice relacionamento que envolve o trabalhador e duas empresas.

Estas duas, mercê de tal artifício irregular, vêm conseguindo dividir entre si a figura indivisível do empregador.

Nos termos do art. 2º da CLT: "Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."

A entidade locadora admite e assalaria, mas não assume os riscos da atividade econômica nem dirige a prestação pessoal de serviço. *A entidade tomadora assume riscos da atividade econômica e dirige a prestação pessoal do serviço, mas não admite nem assalaria.*

Este é, sem dúvida, um procedimento tumultuário do verdadeiro sentido protecionista da legislação do trabalho e não pode ser aceito como válido, pois *oculta a figura do empregador.*

A empresa em que o trabalhador exerce suas funções alega tratar-se de empregado cedido mediante contrato civil de locação de mão-de-obra, o que constitui mero *eufemismo* para disfarçar o verdadeiro objetivo do ajuste: *o aluguel de empregados, conhecido e condenado internacionalmente como marchandage*. Considerando-se ser impossível estabelecer-se dicotomia em relação à pessoa do empregador, tem-se que não é lícito o contrato da forma como foi celebrado.

É de ressaltar-se, em verdade, a grande confusão que esses contratos, *sem base legal*, vêm causando no âmbito trabalhista, mormente pela perplexidade que causam por suas inusitadas características.

Os maiores prejudicados são, fora de dúvida, os trabalhadores, isolada ou coletivamente, porque surgem embaraços ao seu real progresso na atividade laboral entre elas.

Dificuldade de pleitear equiparação salarial em uma empresa, ante a existência de dois empregadores para um só empregado; evasão da contribuição sindical, pois esta não é recolhida ao Sindicato representativo da categoria profissional em que se integra a atividade do empregado; impossibilidade de participação das vantagens e benefícios que decorrem dos dissídios, convenções ou acordos coletivos; falta de amparo no que toca às normas específicas das atividades profissionais em que atua o *trabalhador alugado*, bem como uma série de outros prejuízos que decorrem da figura dicotômica do empregador. Na realidade, as empresas de locação não realizam agenciamento de mão-de-obra, nem a sublocam em caráter eventual.

O trabalho prestado às empresas não é eventual, ocasional, intermitente, como prevê a lei.

A marchandagem, a exploração do trabalho alheio, em que se enquadra a hipótese versada, é, sem dúvida, a mais condenada forma de comércio, *representando um retrocesso legal, pois, de forma apenas um pouco mais amena, representa a semi-escravidão. É condenada pelo mundo inteiro.* Desde o Tratado de Versailles se declara que o trabalho não é mercadoria, mas objeto de especial tutela do Estado, como bem jurídico da pessoa humana, norma consagrada também pela Conferência Internacional do Trabalho, da Organização Internacional do Trabalho reunida em Filadélfia em 1944.

A burla, que se pratica, diminui ou praticamente anula as possibilidades de acesso à carreira. Não participando dos dissídios coletivos das categorias a que efetivamente deveriam pertencer, por não serem enquadrados sindicalmente, na categoria profissional para a qual estão trabalhando, tais empregados ficam condenados à marginalização salarial. Se não se vinculam ao estabelecimento, ao qual realmente servem, têm seu valor e trabalho menosprezados, sem condições de reivindicações, *porque são alugados por terceiros.* A estes o valor individual pouco ou nada interessa, porque, em regra, o trabalhador desamparado não oferece riscos quanto ao exacerbamento do espírito indicatório. É a continuidade na empresa que assegura direitos ao trabalhador como promoção na carreira, melhores postos, salário compensador e, eventualmente, até a estabilidade. A história empresarial no Brasil é farta de notícias de modestos contínuos que chegaram a altas direções de grandes grupos.

O trabalhador é transformado em mero objeto, sem possibilidade de maior acesso, porque este representaria melhoria salarial, *incompatível com o espírito mercantilista que envolve tais contratações.*

Sim, o progresso do pessoal no trabalho está em razão inversa do êxito de seu empregador, pois a limitação do salário se impõe pela própria precariedade do emprego. *Como promover a integração, cons-*

titucionalmente prevista, do trabalhador na empresa, se este não pode desfrutar da pujança econômica do seu real empregador?

Tais contratações são o inverso do pretendido pela Constituição, criando um grupo de marginalizados, exatamente aqueles que foram usados pelas locadoras de mão-de-obra funcionando, *lamentavelmente, em regime de fraude à lei.*

Tais contratos coonestam a ilegalidade dos agentes da marchandagem no Brasil *destruindo assim, gradativamente, a legislação social. O regime de locação de serviços adotado representa fraude tanto à CLT quanto à Lei nº 6.019.*

A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe:

"Art. 2º — Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1º — Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos de relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º — Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial, ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente, responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."

Na organização do trabalho na empresa, há de se visualizar sua atividade-fim e os princípios estruturais de sua organização. A admitir-se que possam ser alijados do seu quadro normal, por não se vincularem especificamente à atividade-fim, todos os elos de sua infra-estrutura, não diretamente ligados ao produto final, teríamos definitivamente quebrada toda a simetria que a lei estabeleceu para a construção do vínculo empregatício.

Se viável tal interpretação, chegaríamos ao absurdo de ter a maciça maioria da mão-de-obra trabalhando em regime transitório, porque, sob o argumento de aperfeiçoamento da estrutura empresarial ou econômica da mão-de-obra, estar-se-ia, realmente, criando a instabilidade e o fantasma do desemprego. *Pouco importa que haja vínculo com a empresa locadora. O princípio constitucional da integração do empregado na vida da empresa fica anulado.*

A substituição, em bloco, de trabalho em uma empresa, pelo regime de locação, talvez permita economia nos serviços auxiliares possivelmente a longo prazo. Dispensando-se todo um quadro auxiliar, substituindo-o por serviço contratado, haverá uma economia na contabilidade, setor de pessoal etc. Fácil será a supressão desses departamentos em várias empresas, e sua substituição por serviços da empresa locadora. Uma pequena organização não terá como estabelecer seus

serviços computados, porém a soma de várias permitirá o uso indiscriminado do computador, desaparecendo ampla área de aproveitamento de mão-de-obra especializada, com a diminuição gradativa da administração de pessoal, a longo prazo.

A fraude ao trabalho temporário, desvirtuando para aplicar a legislação a outros de caráter permanente, ou mesmo o regime de locação global, baseado no art. 1.216 do Código Civil, contudo, não exclui o trabalhador dos benefícios do direito consolidado, porque a Lei nº 6.019, efetivamente, estabeleceu uma exceção às regras de constituição do vínculo empregatício, reconhecendo implicitamente uma proibição à existência da temporaneidade do serviço realizado para o tomador ou cliente, quando ultrapassados os prazos que estabeleceu.

Só há, portanto, como concluir-se pela solidariedade de Brilho Conservação e Administração de Prédios Ltda. e Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A. Dou provimento para condenar solidariamente Banco Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A.

Isto posto, acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sem divergência, conhecer parcialmente do recurso e, no mérito, vencido o Ex.mo Senhor Ministro Nelson Tapajós, Relator, dar-lhe provimento para condenar solidariamente o Banco Sul-Brasileiro — Crédito, Financiamento e Investimentos S/A.

Brasília — 7 de outubro de 1980 — Marcelo Pimentel, Presidente e Relator *ad hoc*. Ciente: Norma Augusto Pinto, Procuradora" (in *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, de J. LIMA TEIXEIRA FILHO, Ed. F. Bastos, Rio, 1982, pp. 229/234 — nº 1.220).

— X —

Juridicamente, portanto, não é empregador a "EPS", nem de fato nem de direito, mas, sim, aquele, para quem os serviços são efetivamente prestados, ou seja, o usuário da prestação de serviços. Contra este é que deve ser proposta a ação trabalhista. Este, não outro, é o endereço da ação. E por não ser o verdadeiro empregador, se movida a ação de reclamação trabalhista, contra a "EPS", esta deverá ser considerada, parte ilegítima *ad causam*, pois, como ensina LUIZ MACHADO GUIMARÃES ("Carência de Ação", in *Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. Jur. Univ. Rio — S. Paulo, 1969, p. 101), "as pessoas que podem pedir, ou em face das quais se pode pedir a intervenção do órgão da jurisdição, são somente aquelas que têm um interesse principal no conflito. Excepcionalmente, a lei concede a um terceiro, que não tem interesse principal no conflito, a faculdade de pedir a atuação do Juiz. A legitimação (legitimatio ad causam) é, portanto, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda". Portanto, faltaria à "EPS" reclamada uma das três condições da ação: a legitimação (legitimatio ad causam), por não ser o real e verdadeiro empregador na relação de "trabalho permanente". Em conse-

qüência, o autor seria "carecedor de ação", contra a "EPS" reclamada, por não ser esta parte legítima *ad causam*. Como explica MACHADO GUIMARÃES (ob. cit. p. 98): "Os expositores do nosso processo civil não abonam a excessiva amplitude que emprestam os tribunais à expressão *carência de ação*. Restringem-na, de preferência, ao de ilegitimidade *ad causam*". Tal qual na hipótese *sub judice*. Como acrescenta o clássico processualista citado: "a *legitimatio ad causam*, escreve LOPES DA COSTA, "é um pressuposto da sentença favorável; é uma preliminar de mérito". Assim — prossegue MACHADO GUIMARÃES — se uma das partes, o autor ou o réu, não está legitimada para a causa "a sentença julga o autor *carecedor de ação*, num sentido material, no sentido de que não é senhor do direito que ajuizou (legitimação ativa) ou no sentido de que seu pretendido direito não pode ser declarado em face do réu ou contra este" (LOPES DA COSTA)". Sendo este último sentido o da hipótese ora considerada.

Mas também entendemos que a "empresa prestadora de serviço", embora não seja o real empregador na relação empregatícia, é *responsável solidariamente*, tendo em conta que o pagamento da remuneração do trabalhador pelos serviços prestados — embora não devesse ser feito e fosse mal feito — foi feito através da "empresa prestadora de serviços". Nesse sentido, vale aqui reproduzir o pronunciamento do presidente da Associação dos Vigilantes do Distrito Federal, Sr. Francisco Domingos dos Santos, a propósito de determinada "empresa", divulgado pelo *Jornal de Brasília*, de 30-1-81, 2º caderno, p. 13, que, *verbis*:

> "... usou de má fé para reter o dinheiro dos vigilantes que já lhe tinha sido pago pelo Ministério da Fazenda, onde eles prestavam serviços" — salientando adiante que: "as empresas de contratação de serviços recebem, pelo trabalho dos vigilantes, três vezes mais o salário que lhes é pago mensalmente, tendo a SELEN filial em todo o País e contratos fabulosos com órgãos do Governo em Brasília, como o Banco Central onde conta com mais de duzentos vigilantes lotados. O salário médio de um vigilante em Brasília é de Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros) por oito horas de trabalho diário, quando as empresas locadoras de mão-de-obra recebem cerca de 30 mil cruzeiros por cada funcionário."

Sob o título de "Lucros Abusivos das Vendedoras de Mão-de-Obra", noticiou o *Correio Braziliense*, de 23-12-80, p. 11, "Coluna do Servidor":

> "Segundo levantamento realizado pelo Departamento de Administração do Ministério do Interior, atendendo solicitação do *Tribunal de Contas da União*, no Quadro Especial criado para aproveitamento de servidores antes contratados de empresa fornecedora de mão-de-obra, foi anotada uma despesa mensal de custeio incluindo as parcelas relativas ao 13º salário e demais encargos sociais, no total de Cr$ 175.426,00, *inferior em Cr$ 78.774,73 por mês*, ao que vinha sendo pago pelos mesmos servidores à referida empresa locadora. *As providências pedidas pelo TCU visavam a regularização da contratação de vinte e seis profissionais de diversas categorias funcionais* (motoristas, serventes etc.), que se encontravam em *situação irregular* naquela Secretaria de Estado. Sabendo-se que atingem a centenas de milhares as contratações feitas pelo serviço público a empresas vendedoras de mão-de-obra, pode-se observar por esta pequena amostra

o que perdem mensalmente os cofres públicos, por essas anomalias, hoje praticamente adotadas por todos os órgãos" (grifo nosso).

Sob o título "SELEN Não Paga FGTS e Sofre Ação Judicial", publicou a ilustre jornalista Rita Medeiros a seguinte matéria (*Jornal de Brasília*, de 1-2-83 — 2º caderno, p. 1), *verbis*:

> "Mais uma vez, a locadora de mão-de-obra SELEN — Serviços Técnicos Profissionais enfrenta os tribunais trabalhistas por não ter pago o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), férias e décimo terceiro salário a 200 trabalhadores demitidos, entre vigilantes, gráficos e motoristas, que prestavam serviços ao Banco Central.
>
> No ano passado esta mesma empresa perdeu, na Sétima Junta Trabalhista, processo semelhante, movido pela Associação dos Vigilantes do Distrito Federal, ficando obrigada a pagar Cr$ 5 milhões a vigias demitidos ilegalmente do Ministério da Agricultura.
>
> De acordo com o advogado José Pugam, um dos autores da ação judicial, esse tipo de comportamento é muito comum na SELEN. Inclusive, a empresa não dá muita importância aos processos judiciais movidos pelos trabalhadores também por ela empregados em Belo Horizonte e no Rio de Janeiro. Ao que parece, a SELEN prefere que seus bens sejam levados a penhora a cumprir a decisão judicial.
>
> Para se ter um exemplo, seus bens foram penhorados em Belo Horizonte, Rio de Janeiro e é provável que aconteça o mesmo em Brasília. O pagamento de Cr$ 5 milhões aos vigias do Ministério da Agricultura não foi ainda efetuado. Este mecanismo é utilizado pela SELEN em todo o País, por ser mais lucrativo agir desta maneira. Sendo uma empresa locadora de mão-de-obra, não possui muitos bens. O valor do que vai a penhora é sempre inferior ao que deve aos empregados.
>
> Os vigilantes, gráficos e motoristas foram demitidos sumariamente, no final do ano passado, depois que a empresa perdeu a concorrência para a EMPAL — outra locadora de mão-de-obra. Então, ilegalmente, obrigou os empregados a assinarem uma folha mimeografada, em que desistiam do recebimento do FGTS, décimo terceiro salário e comissão de assiduidade.
>
> O advogado da empresa, Humberto dos Anjos, tem evitado responder às perguntas dos repórteres. O que se sabe sobre a defesa da SELEN é somente que vem acusando o Banco Central de inadimplente, responsabilizando-o pelo pagamento dos direitos trabalhistas aos empregados alocados.
>
> No entanto, este tipo de acusação não é cabível, conforme a legislação que regulamenta a locação de mão-de-obra.
>
> Segundo a lei, fica obrigada a empresa locadora, no caso a SELEN, ao pagamento do salário, além de todos os benefícios a que tem direito o trabalhador. Isto inclui, portanto, o FGTS, décimo tercei-

ro e gratificações. O locatário paga à emprêsa, pelos serviços prestados, apenas o valor desses salários, sem no entanto manter qualquer vínculo empregatício.

A posição dos trabalhadores, por duas razões, é contrária à existência dessas empresas, as quais denominam de intermediárias de mão-de-obra. Primeiro porque seus lucros são estupendos. Mensalmente, a SELEN deve ter recebido nada menos que Cr$ 20 milhões, através dos serviços prestados pelos 200 profissionais, que ganhavam, na maioria, Cr$ 49 mil por mês, cada um. Em segundo lugar, a intermediária restringe o mercado de trabalho, pois impede a contratação direta de funcionários."

– XI –

Portanto, a ação trabalhista intentada pelo trabalhador contra a "empresa locadora de serviços" deve ser recebida como ação de *indenização por perdas e danos de natureza trabalhista*, pelos quais é responsável e, nesta ação especial, é ela considerada parte legítima *ad causam*, sendo competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a causa, pois controvérsia oriunda, nas origens, de relação de emprego entre o empregado autor e o real empregador (o "usuário"), na qual interveio, embora ilegalmente, razão pela qual é responsável com o "usuário" empregador. Assim sendo, a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e julgar a ação indenizatória por perdas e danos decorrentes da intervenção ilegal da "EPS" numa relação de emprego, entre o trabalhador autor e o terceiro usuário.

– XII –

Resumindo:

A "empresa locadora" de serviços não é empregadora pelas seguintes razões:

1ª) porque não é ela quem se apropria e se beneficia diretamente do resultado do trabalho e, sim, o usuário;

2ª) não é ela a *doadora* do trabalho (il datore di lavoro), pois é o usuário quem fornece o serviço bem como os instrumentos de trabalho;

3ª) não é ela quem exerce os poderes diretivo e fiscalizador da prestação de serviços, mas o usuário;

4ª) porque ela é apenas um intermediário no pagamento da remuneração do trabalhador: há pagamento indireto do salário, após receber do usuário;

5ª) porque ela não pode ser tida como "prestadora de serviços", obrigação exclusiva da pessoa física do trabalhador, consoante o direito do trabalho;

6ª) porque a atividade do trabalhador prestada diretamente ao usuário – que dela se apropria e se beneficia diretamente – se insere na atividade da empresa usuária e, não, da empresa locadora de mão-de-obra;

7ª) porque, integrando a prestação de serviços do trabalhador na atividade da empresa usuária, terá sentido a garantia constitucional da integração do trabalhador na vida da empresa;

8ª) porque não há falar em aplicação do Decreto-Lei nº 1.034/69 (art. 4º), porque este dispositivo não autorizou o oferecimento de mão-de-obra permanentemente alugada, o que se traduz num *leasing* de pessoal ou a repudiada "marchandage". O que autorizou o referido decreto-lei foi a contratação de vigilantes por intermédio de empresas especializadas (agências de colocação), mas mantendo a relação de emprego com a empresa contratante que necessita de mão-de-obra permanente;

9ª) porque, além da interpretação supra, como vimos com LUIZ SALVADOR, a vigência do precitado Decreto-Lei nº 1.034/69 foi suspensa em relação ao seu art. 4º pelo Decreto-Lei nº 1.103, de 6 de abril de 1970, consoante o art. 2º, que não permitiu a contratação indireta por intermédio de empresas especializadas enquanto não se organizarem os serviços especiais de que trata o mencionado art. 4º;

10ª) porque, o vínculo jurídico que liga a "empresa locadora" e o trabalhador — não sendo contrato de trabalho temporário — traduz um contrato ilícito, ilegal e imoral, como se viu com ORLANDO GOMES. Não há falar em "leasing" de mão-de-obra, e a "marchandage" é de ser repelida como atentado contra o direito do trabalho.

* * *

Este artigo já estava escrito e entregue à publicação meses antes do advento da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, publicada no DOU *de 21 do mesmo mês, que veio regular o sistema de segurança dos estabelecimentos financeiros, dispondo que a vigilância ostensiva e o transporte de valores poderão ser executados por empresa especializada contratada. O advento da Lei nº 7.102/83 comprova a situação anterior de* ilegalidade *dessa contratação, somente agora amparada pela norma legal, mas única e exclusivamente para o caso de vigilantes armados em estabelecimentos financeiros, não cobrindo as demais situações. Assim, somente as locadoras particulares que exploram serviços de segurança e de transportes de valores, a partir do advento da Lei nº 7.102/83, que estabeleceu normas para a sua constituição e funcionamento, passam a ter o respaldo legal, não outras. Não obstante, a legalidade dessa contratação não ilide a teoria do* contrato de trabalho *por nós exposta. Na verdade, a nova Lei nº 7.102/83 criou um novo tipo de "contrato" em que o trabalho aparece de forma ostensiva como mercadoria, pois trabalho* alugado *em caráter* permanente, *pelo menos* indeterminado. *É o* leasing *ou arrendamento (como o aluguel de imóvel ou coisas) de mão-de-obra, como se fosse um "contrato de trabalho", este de natureza jurídica diversa, como vimos. É o início de uma substituição paulatina do contrato de trabalho por um contrato de "prestação de serviços indeterminados" de natureza civil que, há tempos, havia sido descartado, com o advento do Direito do Trabalho, agora, em retrocesso. Afinal, a Lei nº 7.102/83 reconhece que a vigilância pode ser executada* "pelo próprio estabelecimento financeiro". *Por que, então, permite a exploração da relação de emprego pelas locadoras de pessoal, cuja atividade não pode ser tida — sem evidente menosprezo do conceito — como empresarial?*

Talvez isto se dê em virtude do incipiente desenvolvimento de um genuíno regime capitalista no País e, mais, em razão de que este desenvolvimento se tornaria inviável em países, basicamente de estrutura econômica colonial, em que predomina, de um lado, o "multinacionalismo" e, de outro, o Estado "empresarial", nada ou pouco restando à iniciativa privada nacional, de resto economicamente incapaz e financeiramente dependente.